

## LA PARÁBOLA DE LA INMUNIDAD PARLAMENTARIA DESDE LA EXPERIENCIA DE LA COMISIÓN DE SUPPLICATORIOS DEL SENADO

Javier BALLARÍN IRIBARREN  
Letrado de las Cortes Generales

### RESUMEN

*La inmunidad parlamentaria ha evolucionado desde una fase de auge a otra de estabilización y caída; el número de suplicatorios tramitados ha descendido dramáticamente y casi todos se conceden.*

*Esto es resultado de un derecho de la inmunidad de creación jurisprudencial; por el Tribunal Constitucional en primer lugar, cuya doctrina ha convertido la prerrogativa en limitada y exigido que las denegaciones puedan justificarse según los fines de aquélla, reservándose el poder de anularlas.*

*También ha sido determinante la doctrina de la Sala Segunda del Tribunal Supremo, que exige una seria base indiciaria para remitir un suplicatorio, lo que permite una investigación preliminar, sin medidas cautelares o actividades probatorias que supongan una inculpación material. Al mismo resultado ha contribuido la introducción del artículo 118 bis LECR que atribuye al parlamentario iguales derechos y facultades que a todo investigado.*

*Así, el aforamiento ha sido clave en la evolución de la inmunidad. Pero mientras que la primera ha dejado de ser una figura polémica, lo es cada vez más el segundo.*

*Inmunidad y aforamiento forman un sistema; si desapareciera el segundo, aquella podría volver a las portadas, en una nueva fase de suplicatorios numerosos y denegaciones frecuentes.*

*En tal escenario, la doctrina del Tribunal Constitucional, deberá revisitarse en la búsqueda de un espacio parlamentario de apreciación en la administración*

*de la inmunidad. Sería decisiva la reforma legal de los efectos de la denegación, de modo que consistieran en el sobreseimiento provisional, no definitivo.*

*Palabras clave: Inmunidad parlamentaria. Prerrogativas parlamentarias. Fuero especial. Tribunal Constitucional. Sala Segunda del Tribunal Supremo.*

### ABSTRACT

*Parliamentary immunity has evolved, from a boom to a stabilization and fall phase. The number of requests to prosecute, has dropped dramatically and almost all are granted.*

*This is the result of immunity judge-made law; by the Constitutional Court, in the first place, because his doctrine has made the prerogative limited, requiring that denials can be justified in view of the purposes for which the Constitution established it, and reserved the power to annul them otherwise.*

*But the doctrine of the criminal section of the Supreme Court has been equally decisive, which requires a strong indictment base to justify the formal petition to the Chamber of Parliament, thus allowing a previous investigation to support the petition, without precautionary measures or evidence-searching activities against the MP when they amount to material indictment. The new article 118 bis of the law of criminal prosecution, by which the parliamentarian must enjoy rights equal to all the accused, contributes to the same result.*

*Privileged jurisdiction in criminal matters for the MPs in the Supreme Court, has thus been the key in this evolution of immunity prerogative. But while the second has ceased to be controversial, the first is increasingly so.*

*Immunity and privileged jurisdiction for MPs, form a system; should the second disappear, the first could come back to the front pages, in a new boom phase of numerous petitions for indictment and frequent denials.*

*In such scenario, the doctrine of the Constitutional Court, should be revisited in the search for a parliamentary space of discretion in the administration of immunity. A legal reform for which the effect of the denial of the petition for the indictment would consist in the provisional, not definitive, dismissal would be decisive for that purpose.*

*Keywords: Parliamentary immunity. Parliamentary privileges. Privileged jurisdiction. Constitutional Court. Criminal section of the Supreme Court.*

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN. 1. *Propósito*. 2. *La parábola de la inmunidad. Auge y caída*. II. LA APLICACIÓN DE LA INMUNIDAD COMO DECISIÓN MOTIVADA O MOTIVABLE Y SUSCEPTIBLE DE REVISIÓN Y ANULACIÓN JURISDICCIONAL. 1. *Recepción constitucional; una fórmula sin el sustento de la experiencia de aplicación bajo una Constitución material*. 2. *Interpretación inicial por las Cámaras. Doctrina del Tribunal Constitucional en la Sentencia del “caso Barral 12, STC 90/1985, de 22 de julio*. III. MOMENTO PARA PEDIR EL SUPPLICATORIO. SUPPLICATORIOS PREMATUROS Y SUPPLICATORIOS TARDÍOS. 1. *Suplencia jurisprudencial de la inactividad de legislador*. 2. *Momento adecuado para pedir el suplicatorio. Ni demasiado pronto ni demasiado tarde*. 3. *¿Vulnera un derecho fundamental del representante una inculpación material sin suplicatorio?*. 4. *Exposiciones razonadas y delitos conexos*. IV. LOS DERECHOS DE DEFENSA DE LOS DIPUTADOS Y SENADORES. EL ART. 118 BIS INTRODUCIDO POR LEY ORGÁNICA 7/2002. 1. *Una reflexión nacida en la Comisión de Suplicatorios del Senado*. V. LA CONCESIÓN DEL SUPPLICATORIO COMO EVENTO NORMAL EN UN SISTEMA NORMAL. VI. PERSPECTIVAS DE FUTURO. *¿INMUNIDAD SIN AOFRAMIENTO? EL SOBRESEIMIENTO PROVISIONAL*

## I. INTRODUCCION

### *1. Propósito*

Se trata de ofrecer una visión de la inmunidad parlamentaria desde mi experiencia como Letrado de la Comisión de Suplicatorios del Senado desde la Vª Legislatura (1993).

Aclaro que me refiero a la inmunidad procesal, prerrogativa parlamentaria que sujeta la inculpación judicial del diputado o senador a la autorización previa de la Cámara respectiva, solicitada por la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo. No hablaré de la inmunidad frente al arresto, ni de la prerrogativa de aforamiento, en sí misma considerada.

La comisión de suplicatorios constituye un observatorio privilegiado por cuanto, en algunas legislaturas, han sido numerosos los suplicatorios por ella tramitados, como vamos a ver.

Este dato no puede obedecer a una especial proclividad delictiva de los senadores; creo que sí puede relacionarse con la frecuencia de la acumulación de mandatos electivos, en entidades territoriales y locales, en el caso de los senadores, que también se da con las responsabilidades orgánicas de partido. Si el Senado es ya, en este politológico, la “Cámara de representación territorial” que dice el artículo 69.2 CE, una “Cámara de notables”, ello les convierte en víctimas más propicias y probables de las que el Tribunal Constitucional ha llamado “querellas insidiosas o políticas” que confunden “los planos de la responsabilidad política y la penal, cuya delimitación es uno de los mayores logros del Estado constitucional como forma de organización libre y plural de la vida colectiva” (STC 22/1997, F J 6). La mayoría de los asuntos que llegan a la Comisión de Suplicatorios se vinculan a imputaciones de tipos delictivos referidos a la gestión y administración de la cosa pública; y así fue, en particular, en la época aludida.

Se da el caso de que las grandes sentencias, los “leading cases”, del Tribunal Constitucional en materia de inmunidad, se han dictado en procesos de amparo en que se revisaban decisiones del Senado.

No han sido casos en que el suplicatorio fuera por imputaciones relacionadas con la administración, de modo que este dato no confirma ni desmiente la hipótesis antes formulada.

Pero, la anterior circunstancia sí ha hecho que el nacimiento y desarrollo de la doctrina constitucional en la materia se haya seguido en el Senado con especial atención, intensidad, apasionamiento incluso.

## 2. La parábola de la inmunidad. Auge y caída

En el título de estas líneas se recurre al término “parábola” en la acepción que tiene en matemática o geometría, porque la experiencia de la inmunidad en el Senado dibuja una curva con una fase inicial ascendente, en la que son numerosos los suplicatorios que se tramitan y muchos los que se deniegan; una fase de estabilización, con incremento de los suplicatorios que se conceden, y una fase de caída, en la que se comprueba una drástica reducción de los suplicatorios tramitados y su concesión, cuando la tramitación llega a completarse, se ha convertido en la regla, al menos en sentido estadístico.

Si sustituimos estos adverbios con números, tenemos:

<i>Legislatura</i>	<i>Años</i>	<i>duración (días)</i>	<i>Tramitados</i>	<i>Concedidos</i>
I <sup>a</sup>	(1979-82)	618	7	3
II <sup>a</sup>	(1982-86)	1336	6	1
III <sup>a</sup>	(1986-89)	1335	10	1
IV <sup>o</sup>	(1989-93)	1316	7	4
V <sup>a</sup>	(1993-96)	1225	5	5
VI <sup>a</sup>	(1996-00)	1002	10	9
VII <sup>a</sup>	(2000-04)	1458	2	2
VIII <sup>a</sup>	(2004-08)	1460	2	2
IX <sup>a</sup>	(2008-11)	1351	1	1
X <sup>a</sup>	(2011-16)	1492	2	2
XI <sup>a</sup>	(2016-16)	188	1	1
XII <sup>a</sup>	(2016-¿?)			

“Tramitados” significa que han recibido una tramitación completa, desde la entrada hasta el pronunciamiento del Pleno; sin incluir aquellos

casos en que se interrumpe por la renuncia del escaño. Estas se producen, con mayor o menor espontaneidad, en vista de la segura concesión del suplicatorio o en vista de la imposibilidad de justificar la denegación (lo que viene a ser lo mismo). O sin espontaneidad alguna y en acatamiento de las órdenes del grupo y partido. Estas renunciaciones que abortan el suplicatorio, pueden darse antes de que inicien su tramitación, y por las mismas razones.

De manera que, en la realidad de las cosas, el número de casusas que afectan a los senadores, cuya prosecución no impedirá la inmunidad, es realmente mucho mayor, aunque la prosecución no se produzca (por mor de la renuncia), previa concesión del suplicatorio.

De cualquier modo, se convendrá que los números describen, en efecto, esa parábola; y que, con los datos añadidos que hemos dado (y que no tienen traducción formal en las Memorias de legislatura), el declive es todavía más claro, más dramático si queremos decirlo como anglicismo, de lo que aquellos indican.

Esa etapa inicial de auge queda simbolizada, como un punto de máxima vitalidad, por la Ley orgánica 3/1985, de 29 de marzo, que extendió la inmunidad a los procedimientos de responsabilidad civil en protección del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen (Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo); aquella ley orgánica introdujo una autorización que funcionaba también como requisito de procedibilidad y se tramitaba igual que el suplicatorio de las causas penales. Como se sabe, la ley sería tumbada en la primera ocasión por el Tribunal Constitucional, que anuló un acuerdo del Congreso en aplicación de la misma (STC 243/1988), planteando la Sala al Pleno una auto cuestión de inconstitucionalidad, resuelta en sentido estimatorio por la STC 9/1990, de 18 de enero cuya motivación, con un punto de crueldad profesoral, se apoya en la Exposición de Motivos de la ley cuestionada, para concluir en su flagrante inconstitucionalidad. En aquella confesaba el legislador, cándidamente, el propósito de proteger a los parlamentarios de las demandas por opiniones vertidas fuera de las Cámaras y que por esta circunstancia, digamos, topográfica, no quedaban amparadas por la inviolabilidad; de modo que, concluía el Tribunal, bastaría con esto para entender que se estaba extendiendo la prerrogativa fuera de su ámbito y para una finalidad que no es la suya. Esta Sentencia sería, entonces, recordando la frase de Churchill sobre la batalla de Inglaterra, si no el fin o el comienzo del fin de la inmunidad, el final de una primera etapa de auge y vitalidad.

A su vez, la etapa de declive que indicábamos queda evidenciada por la significativa ausencia de la inmunidad, en los numerosos catálogos de males patrios que ha producido la crisis de representatividad; aparecen en ellos, puntual y asiduamente, los aforamientos.

Pero nadie se acuerda de la inmunidad, al confeccionar estos bestiarios. No hay mejor prueba de la neutralización de los aspectos negativos de este instituto.

De esto, sin embargo, diremos en las conclusiones.

## II. LA APLICACIÓN DE LA INMUNIDAD COMO DECISIÓN MOTIVADA O MOTIVABLE Y SUSCEPTIBLE DE REVISIÓN Y ANULACIÓN JURISDICCIONAL

1.— Recepción constitucional; una fórmula sin el sustento de la experiencia de aplicación bajo una Constitución material.

El artículo 71.2 CE reproduce las formulaciones de la inmunidad en las precedentes constituciones patrias desde la de 1837, primera que la adopta en los perfiles básicos con que la conocemos y que, en ruptura y contraste con el sistema de autodiquía o Tribunal de Cortes de la Constitución gaditana y Reglamentos de los Estamentos del Estatuto Real, introduce el suplicatorio como vía de autorización parlamentaria de la inculpación judicial de los parlamentarios.

Este esquema se completa con el aforamiento en la Constitución de 1876; filiación ésta que hará las delicias de quienes critican la fase (“régimen”) bipartidista de nuestro sistema con el lenguaje de la crisis de la Restauración.

La única novedad de nuestra Constitución respecto de las anteriores, consiste en añadir la referencia a la “inculpación”. Aunque volveremos sobre ello, diremos aquí que el precedente de derecho positivo para esta adición se encuentra en los Reglamentos provisionales de 13 de octubre de 1977 (Congreso) y 14 del mismo mes y año (Senado), que se darían las Cámaras elegidas conforme a la Ley 1/1977 para la Reforma Política. Conforme a sus artículos 18.2 (RPCD) y 37.2 (RPS), “No podrá iniciarse acción jurisdiccional o sancionadora que pueda dar lugar a la privación

de libertad, ni dictarse *auto de procesamiento o inculpación* contra un Diputado (Senador), mientras dure su mandato, sin la previa autorización del Congreso (Senado)” (cursivas del autor). Aunque en algunos aspectos estos Reglamentos provisionales siguen el redactado del Reglamento de las Cortes Españolas de 1971, al que las Cámaras constituyente estuvieron fugazmente sujetas, el artículo 9.1 de éste no mencionaba tal “auto de inculpación”.

Volviendo a la recepción constitucional de la inmunidad, esa fidelidad textual al constitucionalismo histórico del artículo 71.2 CE, estaba llamada a convertirse en el problema.

Porque, para decirlo llanamente, mucho había llovido entre 1876 y 1978 como para que un texto de la Constitución aprobada en la primera fecha pudiera insertarse sin problemas en otra adoptada cien años más tarde.

En nuestra Ley Fundamental, como en sus modelos de la segunda posguerra, prevalece lo material y sustantivo sobre lo organizativo y procedimental; no hay poder *legibus solutus*, el único soberano es el Derecho, ningún poder público puede ser arbitrario, todos los actos o decisiones públicas están sujetos a límites materiales y escrutinio judicial. Concepción sustantiva y justiciabilidad sería el lema de nuestra Ley suprema.

También las constituciones de la segunda posguerra recogieron la inmunidad, como otras prerrogativas parlamentarias, en sus formulaciones tradicionales. Pero en los países respectivos, se dará un proceso de acomodación a ese concepto material de constitución que, a su vez, se iba desplegando y, por así, revelando, al compás del desarrollo de la experiencia constitucional.

De suerte que, en nuestro caso, el concepto material de Constitución se adopta e instaura plenamente maduro y definido. De manera que la recepción de las prerrogativas en su formulación tradicional, resulta mucho más chocante.

No había existido, no había podido existir, (y estas cosas no se importan), la experiencia aplicativa, parlamentaria o jurisdiccional, los usos y costumbres que, en otras latitudes, habían destensado las relaciones entre las dos cosas, colmado la distancia entre ambas.

Los privilegios parlamentarios (según su sincera denominación tradicional), las prerrogativas, como por guardar las formas las denominamos,



fueron como las dalmáticas de los maceros, como los ropajes que uno encuentra en el baúl de los ancestros, que se sabe para qué son, pero que ya no se recuerda el cuándo, la ocasión y el modo, para que tal uso sea adecuado.

2. Interpretación inicial por las Cámaras. Doctrina del Tribunal Constitucional en la Sentencia del “caso Barral I2, STC 90/1985, de 22 de julio.

La interpretación inicial de la inmunidad por parte de las Cámaras se atuvo a su imagen arcaica. Sus Reglamentos definitivos se limitaron a completar sobriamente, en el plano procedimental, la escueta dicción del artículo 71.2 CE. Y en la misma tónica, mantuvieron el secreto de las sesiones de Pleno y comisión, las forma secreta de las votaciones; se mantenía también la denominación de “suplicatorio”, específicamente prescrito por la Ley de Enjuiciamiento Criminal de 1882 y por la Ley de 9 de febrero de 1912 que todavía regulaba y regula la materia, tan significativo, porque el artículo 184, tercero, LECr lo prescribe para cuando el juez o tribunal se dirija al “superior en grado”.

En el Senado, se mantuvo incluso el modo de votación del suplicatorio por el sistema un tanto sobrecogedor de las bolas blancas y negras, reservado para la “calificación de conductas” y en el que las blancas indican aprobación y las negras reprobación (artículo 97.2 RS)<sup>1</sup>

En resumidas cuentas, el artículo 71.2 CE se interpretaba y tomaba en su sentido propio y literal: No se puede inculpar o procesar a un Diputado o Senador sin permiso de la Cámara, punto. Esto es, sin que el Supremo lo peticione por suplicatorio a la Cámara respectiva y lo autorice esta, por

---

<sup>1</sup> La evidente impropiedad de seguir tal sistema, cuando la concesión o denegación del suplicatorio no puede ya considerarse –conforme a la doctrina del Tribunal Constitucional en la materia– como juicio de culpabilidad o inocencia, ni, en pureza, como calificación de la conducta del senador afectado, será esgrimida por Informe de la Secretaría General del Senado en informe de 9 de julio de 2007, anexo al Acta de la Mesa del día 12 siguiente, como razón imperiosa para instaurar una modalidad de votación secreta electrónica, lo que se verificará por Norma supletoria de la presidencia del Senado de 9 de octubre de 2008 (B.O.C. SENADO, VIII Legislatura, Serie I, 11 de octubre de 2007, núm. 796. Agradezco al compañero José María Codes Calatrava la indicación de este Informe. El autor de estas líneas debe confesar cierta debilidad por dicho sistema de bolas que, aunque pesado y sombrío, es sin duda el más eficaz para salvaguardar el secreto del voto individual, frente a los adversarios pero, sobre todo, frente a la jefatura e instrucciones del propio grupo.

razones y motivos que sus miembros tratan exclusivamente entre ellos y que no solamente no tienen que explicar, sino que no pueden revelar a terceros.

Soberanía, secreto, *interna corporis acta, arcana imperii*.

Como un rayo en el cielo sereno, la Sentencia del Tribunal Constitucional 90/1985, de 22 de julio, lo cambia todo:

“... afirmamos una necesidad constitucional de condicionar o sujetar a límites la facultad que las Cámaras parlamentarias tienen para conceder o rechazar suplicatorios, y a esta misma necesidad apuntan la actual práctica parlamentaria en ordenamientos similares” (FJ 6, párrafo sexto, cursiva del autor).

Y, sigue explicando el Tribunal, la fuente de esos límites reside en la finalidad de la prerrogativa, que consiste en preservar el funcionamiento y composición de las Cámaras conforme a la voluntad popular, de modo que sean las propias Cámaras las que autoricen o no la inculpación, mediante un juicio que no versa sobre la mayor o menos fundamentación de la acusación (pues esto pertenece a la provincia –que dirían los anglosajones–, de los tribunales, sino sobre el “significado político” de las acciones penales que animan el proceso penal, valoración que “... no pueden llevar a cabo los órganos de naturaleza jurisdiccional”. Las Cámaras están sujetas a la interdicción de la arbitrariedad y su decisión, cuando no se ajuste a la finalidad expresada, puede lesionar el derecho a la tutela judicial efectiva del tercero accionante, con la consecuencia de que el Tribunal podrá amparar al lesionado y anular la decisión parlamentaria.

En definitiva, las decisiones de las Cámaras, cuando deniegan el suplicatorio, son revisables y anulables si no pueden justificarse a la luz de la finalidad constitucional dicha.

No es cierto que el papel lo aguante todo. Aquello para lo que no se puede ofrecer una justificación plausible, lo que no se puede explicar, acaba por no poderse hacer, si la vida política se desenvuelve en un sistema de opinión pública. La exigencia de motivación, nunca es solamente una exigencia sobre la forma de la decisión, sino un límite a lo que se puede decidir. Un recorte de poder.

Que no se trataba (como suele entenderse), de una mera exigencia de motivación, sino de una limitación de lo que podía decidirse, lo dejará claro desde el principio el Tribunal; o, en cualquier caso, lo dejará más claro todavía, enjuiciando otro acuerdo del Senado

La motivación como tal puede faltar en la denegación acordada, pero superar ésta sin embargo el “test” constitucional, cuando aquella se justifica en el proceso revisor (“mediante las alegaciones ... por la representación de la ... Cámara ... en el proceso de amparo”); no solamente puede cabe esta motivación procesal a posteriori, que supla la inicial falta de ella, sino que cabe incluso una motivación/justificación objetiva, inmanente (“a partir de las circunstancias que concurrieron en la acción penal que dio lugar al suplicatorio” (FJ 7º, primer párrafo).

Y puede, al contrario, existir motivación expresa pero sin virtualidad justificativa e incapaz, por tanto, de evitar la decisión anulatoria. O que incluso (como ocurrió con la exposición de motivos de la anulada ley orgánica 3/1985), pruebe –la motivación–, la ausencia de justificación *adecuada*: La motivación de la denegación discurría sobre el carácter “político” de las manifestaciones efectuadas por un Senador –fuera de la Cámara–, (cuestión irrelevante cuando de inmunidad y no de inviolabilidad se trata), y nada argumentaba sobre la única cuestión relevante: Si existían elementos suficientes para concluir que la vía penal se estaba utilizando para alterar la composición de la Cámara o perturbarla en su normal funcionamiento (STC –Pleno–, nº206/1992, de 27-11-1992, que anula una denegación de autorización por el Pleno del Senado, provista de motivación expresa).

Ya en esa primera STC 90/1985, había advertido el Tribunal que lo esencial era comprobar, no tanto el acierto de la decisión, sino la efectiva actividad de enjuiciamiento, de naturaleza política y resultante, contenuísticamente, en un juicio de oportunidad, sobre la intencionalidad de la acción penal; y que tal resultado, tal juicio resultante de la actividad de enjuiciamiento, se producía en forma “*suficiente, esto es, en términos razonables o argumentales*” (FJ 6, último párrafo, cursivas del autor). Más claramente, la STC 206/92, FJ 4: “... nuestra exigencia de un “juicio de oportunidad” (tiene) un sentido predominantemente material: No se trata tanto de que el Acuerdo adopte una “forma motivada”, cuanto de que exista en, o quepa

deducir del Acto parlamentario una motivación coherente con la finalidad de la prerrogativa parlamentaria”.

El control que el Tribunal se reserva quiere ser, por tanto, meramente externo. Esta doctrina no certifica la defunción de la inmunidad (como sería si sustituyera la decisión parlamentaria sobre la posibilidad de inculpación o procesamiento, por una decisión jurisdiccional). El artículo 71.2 CE es, para el Tribunal, una norma tan constitucional como cualquier otra y la inmunidad que regula no es una antigualla. Pero ha de ajustarse a límites finalistas y procedimentales serios. Así entendida, su administración sigue reservada a las Cámaras, a las que debe reconocerse “un margen de apreciación” (STC 90/1985). Y se afirma, incluso, una suerte de reserva a los usos y costumbres parlamentarias como fuente normativa. En esa tarea, dirá la STC 206/1992, “ningún otro órgano constitucional puede sustituir a las propias Cámaras” (FJ 3).

Esta doctrina, que damos por conocida y solo pretendemos exponer en sus trazos fundamentales, presenta algunas aporías. Está inspirada, por la añeja contraposición entre *gubernaculum* y *Jurisdictio*. Pero —aquí se advierte, quizás, el peso y limitaciones del componente académico en el Alto Tribunal—, esa contraposición, nítida en su formulación, tiende a deshacerse cuando se aproxima a la aplicación práctica. La distinción de la STC 90/1985, (FJ 6), tan reiterada, entre un juicio de “valoración sobre el significado político de (las) acciones (penales)”, reservada a las Cámaras por ser “algo que no pueden llevar a cabo los órganos de naturaleza jurisdiccional”, y el juicio sobre la mayor o menor fundamentación de las acciones (reservado a los órganos jurisdiccionales, como órganos de garantía idóneos), no acaba de funcionar. La intencionalidad aviesa, insidiosa, manipuladora, de la persecución política evocada, o bien convive con un planteamiento acusatorio impecable, en cuyo caso tal animosidad impulsiva resulta irrelevante (porque hay buenos motivos para perseguir al perseguido), o bien se traduce en deficiencias del planteamiento acusatorio en cuestión (se advierte que hay una persecución ilegítima en curso, en la endeblez de las acusaciones) o bien se traduce y revela en infracciones procesales, también, en infracciones procesales determinantes de indefensión. Pero el sistema jurisdiccional debería estar en condiciones de detectar y corregir unas y otras deficiencias. Y, en definitiva, no se da, es difícil que se dé, esa separación de planos. Que, a su vez, se formula presumiendo que el ánimo persecutorio no puede, por

definición, anidar en el propio órgano instructor, o en el ministerio público que acusa, o en la Sala Segunda que eleva el suplicatorio. Es decir, en el sistema jurisdiccional. Aquí se advierte el peso de la componente judicial en la composición del Tribunal Constitucional. Pues una cosa es que las persecuciones políticas no deban anidarse en dicho sistema jurisdiccional, y otra bien distinta que no pueda ocurrir así. Es decir, la Inmunidad, como prerrogativa que es, no se establece en atención a lo que debe ser, lo que debe ocurrir; sino en atención a lo que, a pesar de todo, puede darse. Para impedir que ocurra *con éxito* (efecto represivo de la prerrogativa) o que pueda llegar a ocurrir (efecto preventivo de la prerrogativa).

En definitiva, la mayor o menor fundamentación de las acciones, sí deben poder analizarse por las Cámaras. No en sí mismas y para evitar que prosiga el proceso sin verdadero fundamento (para esto, es verdad, están los Tribunales). Pero sí, en cuanto dicha carencia de fundamentación, junto a otros extremos objetivos, pueda ser indico o muestra de que el proceso no se desarrolla normalmente sino que se desarrolla viciado por los elementos patológicos que vagamente designa la expresión “persecución política”. No podrán valorarse estas deficiencias en sí mismas y para considerar infundada la acusación, pero sí como indicios de la existencia de una persecución política a manos del accionante o del propio tribunal.

En sus últimos desarrollos esta doctrina del Tribunal Constitucional se abre a la, diríamos, reparlamentarización de la Inmunidad; completada la acomodación de la figura a la Constitución y sus contenidos materiales, corresponde a las Cámaras proseguir y el propio Tribunal les indica los espacios abiertos a ello. E incluso los abre. La STC 206/1992 (Pleno) contiene esta obra maestra del circunloquio: “... la hipótesis de una intencionalidad hostil a la institución parlamentaria en la actuación judicial, (...) no (es) descartable”, (pero entender que a esto se limita el sentido del instituto) “supondría (su) restricción ... a unos límites que no parecen haber sido los querido por el constituyente” (FJ 39. De modo que no solamente cuando se vislumbra una persecución política so capa de procedimiento penal puede ser lícito denegar el suplicatorio. Y más adelante, se explica cómo el interés superior de la representación nacional, de no verse alterada en su composición o en su funcionamiento, no “debe imponerse en todo caso a la prosecución de la acción de la justicia, pues *habrá de depender también de la gravedad, de la trascendencia y de las circunstancias de los hechos*

*imputados*”. Este espacio abierto deben cubrirlo normativamente los usos parlamentarios: “sobre todo a través de su tarea constante de formación de unos usos parlamentarios que siempre han sido consustanciales al régimen parlamentario y, por ende, al Estado de Derecho. La experiencia y el examen del Derecho comparado demuestran que *la mejor garantía de una aplicación constitucionalmente adecuada de estos institutos se encuentra en la autoridad de ese Derecho parlamentario de naturaleza y origen consuetudinario*. En esa tarea ningún otro órgano constitucional puede sustituir a las propias Cámaras”. Se está evocando, quizás, el caso alemán, en el que las Cámaras publican los criterios que seguirán en la concesión o denegación de estas autorizaciones, excluyendo desde luego los “crímenes de bagatela”. Por tan poca cosa no resulta proporcionado alterar esa composición y funcionamiento resultantes de la voluntad popular, sería la idea<sup>2</sup>.

Por su parte, la STC 123/2001, FJ 4, séptimo, contiene una referencia al “resultado *objetivo* de alterar indebidamente (la) composición o funcionamiento” de las Cámaras, que si bien se presenta como paráfrasis de las SSTC 90/1985 Y 206/1992 no tiene correspondencia literal en éstas, que no contienen el término en cursiva; parece o podría tratarse de una evolución o apertura de la doctrina, tendente a autorizar un análisis por las Cámaras centrado en el resultado del proceso y no en la “intencionalidad”, tan problemática.

Si relacionamos entre sí estas apuntes, sugerencias, aperturas, se trataría de que, por vía de usos y costumbres parlamentarias, se codificaran unos casos en que puede lícitamente prevalecer el bien jurídico del normal funcionamiento y original composición de las Cámaras, sobre el derecho a la tutela judicial efectiva; la referencia a la “gravedad, la trascendencia y las circunstancias”, nos indica la vía de un *juicio de proporcionalidad*, que permitiría negar la autorización cuando se trate de infracciones de ninguna o poca entidad, o para los procedimientos que pueden razonable y objetivamente atribuirse al deseo de perturbar al parlamentario en el ejercicio de sus funciones y no al de obtener justicia.

---

<sup>2</sup> Para más detalles, véase la ponencia de MARTÍN RETORTILLO, L.: *Inmunidad parlamentaria y jurisprudencia constitucional*. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1994 Constitucionales (Cuadernos y Debates nº 46), *passim*.

Desde la Comisión llamada a administrar la inmunidad, se advierte en efecto con frecuencia (o se advertía, deberíamos decir ahora), esa desproporción, entre el aparato y estrépito de la tramitación solemne por la Sala segunda y por el Senado y la escasa entidad objetiva del asunto. Si no fuera Senador no se vería en ésta, piensa uno. Se trataría de codificar esta percepción intuitiva y codificarla en criterios objetivos de general aplicación, sin acepción de partidos (como también insiste el Tribunal en la primera sentencia citada).

### III. MOMENTO PARA PEDIR EL SUPPLICATORIO. SUPPLICATORIOS PREMATUROS Y SUPPLICATORIOS TARDIOS

#### 1.– Suplencia jurisprudencial de la inactividad del legislador.

Otros aspectos de la inmunidad, igualmente esenciales desde el punto de vista de su aplicación por las Cámaras han debido regularse por vía de derecho jurisprudencial, abriéndose paso la Sala Segunda en un confuso marco normativo integrado por normas procesales preconstitucionales meramente superpuestas o amontonadas.

Tanto el Tribunal Constitucional como la Sala Segunda del Tribunal Supremo han denunciado el miserable estado del bloque normativo de aplicación, y reprochado al legislador su inactividad culpable, con irritación y disgusto crecientes.

La STC 92/1985, FJ 5, se limitaba a constatar (y el lector tiene que imaginar la sorpresa del Tribunal), que un extremo tan esencial como el carácter libre y definitivo, o meramente provisional, del sobreseimiento determinado por la denegación del suplicatorio, no tenga otro fundamento positivo que el artículo 7 de la ley de 9 de febrero de 1912, evidentemente superada/derogada por la Constitución en otros aspectos. La STC 206/1992, de 27 de noviembre, FJ 3 alude remilgadamente al cometido del legislador de “comprobar en qué medida las leyes procesales continúan adecuándose en su regulación a la norma constitucional vigente”. Las potencias legislativas, por decirlo de algún modo, no acusaron recibo (o no se enteraron siquiera), y la cólera del Tribunal estalla en la STC 22/1997, de 11 de febrero: “... la regulación legal de la prerrogativa de aforamiento de Diputados y Senadores se encuentra en un *confuso marco normativo* (...), integrado parcialmente

por normas preconstitucionales y cuya persistencia al día de hoy sólo se explica por el olvido del Legislador, (...). La inseguridad jurídica que genera la inadecuación de la vieja normativa hoy existente sobre la regla procesal del aforamiento de Diputados y Senadores exige..., una pronta acción del Legislador” (FJ 4). Por supuesto, “Olvido” debe traducirse por “negligencia”.

Como las potencias legislativas (el continuum gobierno-mayoría parlamentaria, con más pedantería), nunca se dará por aludido, la cólera irá seguido del justo castigo. Nos referimos a la benevolencia con que el Tribunal enjuiciará las interpretaciones y deducciones de tal “confuso marco normativo” por parte de la Sala Segunda del Supremo, al conocer de los recursos de amparo en que desembocarán dos “causas célebres” (SSTC 123 y 123/2001, de 4 de junio –caso FILESA; SSTC 68 y 69/2011, de 17 de marzo –caso secuestro de Segundo Marey).

Al leerlas, uno escucha entre líneas, “no puede reprocharse a la Sala Segunda que haya interpretado en determinada forma una normativa que por desidia del legislador puede serlo en otros sentidos; bien pudieron aclararse por el sistema político, al que por cierto pertenecían los recurrentes”. *Nemo auditur propiam turpitudinem alegans.*

Tampoco la Sala Segunda se ha mordido la lengua.

Así, el Auto 2015/1993 de 15 de noviembre, de su entonces presidente, (ECLI: ES:TS:1993:2015A Id Cendoj: 28079120011993201569, N° de Recurso: 440/1991), que por centrarse en cuestión que excede de nuestro asunto reproducimos solamente en sus apreciaciones generales:

“SEGUNDO.– Acaso sea este momento apropiado para *destacar la inseguridad, es decir, la falta de certeza que impera en esta cuestión de las exenciones jurisdiccionales de derecho interno y de aforamientos competenciales, ... lo que, sin duda, es grave porque afecta a los que por designación del Pueblo a él representan y el Pueblo mismo es el titular de la soberanía, conforme al artículo 1.2 de nuestra Constitución. (...). La multiplicidad de fuentes* –Título I, Libro IV de la Ley de Enjuiciamiento Criminal (Del modo de proceder cuando fuere procesado un Senador o Diputado a Cortes: artículos 750 a 756), la Ley de 9 de febrero de 1912 que, según algunos está derogada y según otros sigue vigente como “lex specialis” en lo no previsto ni contrario a la misma por las



reglas de la Ley procesal citada, los Reglamentos Parlamentarios ( artículos 10 al 14 del Reglamento del Congreso de los Diputados, de 24 de febrero de 1982, y artículos 21 y 22 del Reglamento del Senado, de 26 de mayo de 1982 ) y sobre todo el artículo 71 de la Constitución – y las interpretaciones diversas por la imprecisión terminológica y conceptual, *contribuyen a una situación de incertidumbre contraria a las más elementales exigencias del Derecho*. Las dudas se multiplican: (...) aunque la exposición que precede pretende ser un reflejo del estado actual del problema y, *si fuera hacedero, una indicación para que temas tan importantes se aclaren definitivamente*”.

2.– Momento adecuado para pedir el suplicatorio. Ni demasiado pronto ni demasiado tarde.

Desde el punto de vista de la aplicación uno de los aspectos esenciales de la inmunidad es el momento en que debe solicitarse la venia parlamentaria, para poder proseguir la causa que afecta a un parlamentario.

Antes destacamos que el artículo 71.2 CE exige la autorización parlamentaria también para “inculpar” y no solamente para “procesar” y aventuramos que esta adición proviniera de los Reglamentos provisionales, cuya dicción iba en el sentido de anticipar la protección, en cuanto prohibían “*iniciar acción jurisdiccional o sancionadora que pueda dar lugar a privación de libertad (o) dictar(se) auto de procesamiento o de inculpación*” contra un Diputado o Senador.

Con tales textos a la vista, no es de extrañar que la Sala Segunda entendiera inicialmente que la concesión del suplicatorio era necesaria incluso para admitir a trámite una querrela contra un aforado (ATS de 8 de octubre de 1991, corregida a instancia del Ministerio Fiscal por el Auto 2083/1991 de 7 de noviembre, –ECLI: ES:TS:1991:2083A Id Cendoj: 28079120011991201548 en la causa especial del secuestro de Segundo Marey), o bien que procedía solicitarlo tan pronto se admitiera a trámite la querrela y como primera medida.

El ámbito técnico de la discusión está condicionado por el contraste entre “procesados” e “inculpados”, es decir, entre el “procesamiento” del procedimiento abreviado, que tiene un momento y requisitos claros (artículo 779,1 4ª LECr); y la inculpación que no tiene un equivalente procesal

análogo en el proceso ordinario y , además, puede tomarse en un sentido más amplio, material, como “imputación judicial” cualquiera sea la forma en que se produce.

Como resumirá el FJ 5 del Auto 738/2013, de 31 de enero, (ECLI: ES:TS:2013:738A Id Cendoj: 28079120012013200110 N° de Recurso: 20663/2012 Ponente: ANTONIO DEL MORAL GARCIA), la práctica de la Sala Segunda se estabilizará a la postre en una interpretación de “inculpación” como decisión asimilable al procesamiento del procedimiento abreviado. La consecuencia es que, el suplicatorio solamente debe tramitarse cuando existen “*indicios muy sólidos*” contra el aforado, “*un plus superpuesto al propio seguimiento del proceso*”. La formulación canónica se encuentra en el Auto de la Sala de 28 de Febrero de 1995, Causa especial n° 880/91): (para que esté justificado dirigir suplicatorio) “ha de existir la fundada sospecha de la participación de una persona en un hecho punible, no obstaculizada por la ausencia de algún presupuesto procesal que impida el procesamiento, o por la evidencia de la concurrencia de causas de extinción y, en menor medida, de exención de la responsabilidad penal”.

Como la Sala Segunda está supliendo al legislador, no extrañará que su argumentación esgrima motivos de política legislativa y se refiera a las percepciones sociales, sin limitarse a exponer el contenido del derecho dado; es decir, que muestre las trazas de una Exposición de Motivos: La “solicitud de suplicatorio socialmente no se interpreta de forma aséptica, sino que traslada la imagen de concurrencia de unos indicios muy sólidos equiparables a los que en la praxis determinan un auto de procesamiento”; esta solicitud es una decisión, “que puede tener cierta trascendencia social y que puede comportar descrédito ( ATS de 14 de noviembre de 1996 )”. (El carácter “estigmatizador” del suplicatorio, tomado socialmente como equivalente de una imputación judicial, había sido ya subrayado por el ATS 3585/1996 de 14 de noviembre – ECLI: ES:TS:1996:3585A Id Cendoj: 28079120011996200089 14/11/1996 N° de Recurso: 2530/1995).

Así pues, dado que socialmente, la solicitud de suplicatorio se toma como prueba de que existen indicios sólidos, de que el caso es grave y la acusación pudiera estar fundada, no se debe solicitar más cuando tal fuera el caso. De otro modo se perjudicaría al parlamentario, estigmatizándole con un suplicatorio que puede resultar injustificado y prematuro.

La Sala Segunda ha debido también enfrentarse al problema de los suplicatorios tardíos. La evolución que hemos resumido en los párrafos interiores, supone que habrá una investigación en la Sala, (o habrá existido en el tribunal territorial, antes de elevar exposición razonada a la anterior), anterior a la remisión del suplicatorio y encaminada a detectar o descubrir, ese “sólido fundamento” que pueda justificar su remisión.

Pero surge entonces la cuestión de los límites de esa investigación preliminar. Porque no puede comportar, dirá la Sala –y ratificará el Tribunal Constitucional, en las sentencias recién citadas–, medidas o diligencias que supongan una “inculpación material”, es decir, que evidencien por sí mismas, un juicio provisional de culpabilidad o de alta probabilidad de la misma por parte del instructor, como sería un auto de prisión, unas medidas cautelares o bien diligencias probatorias tan directamente referidas o dirigidas a la persona del aforado que permitan considerarlas equivalentes a un juicio formal de imputación por parte del órgano judicial que las adopta.

Si tal sucediese, se estaría dando una inculpación judicial, no formal, sino material, y se estaría vulnerando la prerrogativa de inmunidad, porque tal inculpación material se produciría sin previa autorización parlamentaria.

Pues, en efecto, en esta doctrina de la Sala está operando un concepto material de la “inculpación” del artículo 71.2 LEC, que no es tanto, o no solamente, un momento procesal, ni menos un momento procesal reservado o limitado al proceso penal ordinario, cuanto un resultado o situación, en la que el proceso, la investigación, se está dirigiendo directamente contra el parlamentario. Supuesto o situación que no puede lícitamente darse si no ha mediado la previa autorización parlamentaria.

El Tribunal Constitucional señalará como prohibidos (en cuanto suponen esa “inculpación material”), los “actos que en sí mismos determinen la sujeción de un parlamentario a un procedimiento penal, ya sea mediante la expresión de un juicio formal de inculpación o a través de la práctica de otras diligencias que materialmente entrañen ese mismo significado”. Y que, “... desde el momento en que el Juez cuente con elementos suficientes para adoptar alguno de los referidos actos, está obligado a solicitar inmediatamente el suplicatorio”.

Ahora bien, lo determinante parece ser evitar que, de manera prematura y por tanto injusta, se dé aquél efecto estigmatizador que tiene la remisión de un suplicatorio.

Lo prueba el ATS 738/2013, de 31 de enero, que no solamente mantiene una medida de alejamiento ya adoptada por el juez territorial contra quien era Senador, sino que lo hace diciendo que no requiere de autorización parlamentaria. Y a este respecto señala que el senador afectado no se había quejado en absoluto de que la medida se hubiera pedido sin la previa autorización parlamentaria, de modo que, observa el Magistrado, el acuerdo de mantener la medida sin previa tramitación de suplicatorio, convenía al confesado interés del imputado, en evitar la estigmatización que la tramitación del anterior lleva consigo.

3.– ¿Vulnera un derecho fundamental del representante una inculpación material sin suplicatorio?

En el caso de que, sin haberse solicitado el suplicatorio, se produjera una “inculpación material” en el sentido visto, esto no conllevaría automáticamente la lesión de un derecho fundamental, que podría invalidar otras pruebas conforme a la doctrina de los “frutos del árbol envenenado”.

Decimos lo anterior porque la STC 123, FJ 7, después de pasar revista a los pretendidos actos de investigación directa del Instructor a los que se imputaba vulneración del artículo 23.2 CE (que también consagra un derecho fundamental protegible en amparo, agregaba que “... tampoco se denuncia ni se acredita que las diligencias practicadas hayan imposibilitado, o siquiera afectado, el cumplimiento efectivo por el demandante de amparo de sus funciones parlamentarias y que la actuación judicial cuestionada hubiera desconocido, en consecuencia, la finalidad institucional de la prerrogativa en cuestión”.

Aunque *obiter dicta*, estas palabras indicarían que la lesión del citado derecho fundamental del representante no se produce por la mera inculpación material sin previa venia parlamentaria, siendo además preciso que produzca una perturbación en el ejercicio de las funciones representativas.

#### 4.– Exposiciones razonadas y delitos conexos.

Esa doctrina de la Sala Segunda se manifiesta también para los dos casos que contempla el artículo 2 de la ley de 9 de febrero de 1912, de que (1) “incoado un sumario por un Juez de Instrucción . . . , apareciesen indicios de responsabilidad contra algún Senador o Diputado”, o de que, (2) “instruyéndose contra persona que, hallándose procesada, fuese elegida Senador o Diputado”; conforme a la dicción del precepto, el juez de instrucción debe, en el caso (1) “remitir(á) las diligencias en el plazo más breve posible al Tribunal Supremo” o , (2) hacerlo “inmediatamente que tuviere noticia de su proclamación”.

A pesar de esa dicción literal, que pareciera imponer una inmediata remisión, la Sala Segunda no lo ha entendido así, sino que ha admitido y (en realidad), exigido, una previa depuración de los hechos por parte del juez a quo, esgrimiendo, en contra del tenor literal del recordado precepto, el carácter excepcional y de interpretación restrictiva, de la competencia de la Sala para el enjuiciamiento de personas aforadas por razón del cargo.

Esta justificación concierne particularmente al caso de que existan varios imputados y solamente alguno o algunos tengan la condición de aforados.

La Exposición razonada que se eleve y la actividad procesal anterior, deberán entonces orientarse en el doble sentido de la individualización de la conducta indiciaria y provisionalmente reprochada al aforado, y de la justificación de que tales indicios son racionales y suficientes para justificar la asunción de la competencia por la Sala Segunda.

Esta doctrina de la Sala Segunda tiene buen cuidado en subrayar que la permanencia de la causa en el juzgado territorial en modo alguno puede privar al aforado imputado de las posibilidades de defensa que competen a todo ciudadano conforme al art. 188 LECr, desde el momento inicial en que surge la imputación. Por ello, se cita e invoca también, en justificación de este planteamiento, el artículo 188 bis introducido precisamente con esa finalidad y al que de inmediato nos referiremos. También se invoca en este sentido por el TS, la STC 189/90, (Pleno), de 15 de noviembre, que interpreta el artículo 790 y concordantes LECr en el sentido de la plenitud ab initio de los derechos de defensa del imputado.

¿Cuál ha de ser el alcance de esa indagación previa, permitida e incluso exigida, por esta doctrina?

No podrá llegar a la “inculpación material” (SSTC 123 y 124/2001), es decir, a una investigación directa de la persona o bienes del aforado, como tampoco, a acordar una medida cautelar que le afecte. Positivamente, el contenido viene dado por la de la Exposición razonada en que podría desembocar y que, conforme señala el ATS de 2 de octubre de 2012 (IdCendoj: 28079120012012202067, debe permitir “una más fundada decisión” (de la Sala Segunda), “no ya sobre la racionalidad de los indicios de existencia de infracción penal, sino de los que pueda haber de participación en ella del aforado y ello recibiendo su declaración al amparo del art. 118 bis LECrm., introducido tras la reforma por LO 7/02 de 5 de julio”; “deben depurarse en el Juzgado de Instrucción de origen cuantas diligencias sean precisas para completar la investigación de los hechos, al efecto no solo de acreditar los mismos sino también el grado de participación que en ellos hubiera podido tener la persona aforada, lo que pasará por recibirle declaración si voluntariamente se presta a ello”. En el mismo sentido, ATS de 3 de diciembre de 2012, rec. 20487/2012.

¿Qué nivel, grado o calidad han de alcanzar esos indicios? La STS 277/2015, de 3 de junio, señala que “la jurisprudencia ha evolucionado hacia *un nivel de indicios cualificado*. ... cuando se comprueba que existen *indicios sólidos de responsabilidad frente a un aforado*. No basta cualquier sospecha o conjetura”. El Auto del TSJ de la Comunidad Valenciana, sec., 1ª núm. 12552/2012, de 3 de diciembre), se expresa en parecidos términos: “no basta con el dato subjetivo de imputación de unos hechos a quien goce de aforamiento pues es necesario: uno, que se depuren cuantas diligencias de investigación sean necesarias para completar la investigación y, dos, que al hilo de lo anterior aparezcan indicios racionales de criminalidad o sospechas fundadas o verosímiles de la participación del aforado ... *Será entonces, y solo entonces, cuando proceda enviar la correspondiente exposición razonada*”.

#### IV. LOS DERECHOS DE DEFENSA DE LOS DIPUTADOS Y SENADORES. EL ART. 118 BIS INTRODUCIDO POR LEY ORGANICA 7/2002

1.– Una reforma nacida en la Comisión de Suplicatorios del Senado.

Esta modificación de la ley de enjuiciamiento criminal parte de un Informe solicitado por la Secretaria General del Senado al autor de estas

líneas, provocada por las continuas quejas que suscitó la excepcional frecuencia de suplicatorios en la VIª legislatura (vid. Supra). Como letrado adscrito a la Comisión había constatado cómo, los senadores afectados declaraban, en el trámite de audiencia, que solamente sabían del asunto a través de los medios de comunicación; muchos habían querido prestar declaración, otros personarse en el procedimiento. Pero el Juez instructor no lo permitía, por temor a que con ello se invalidara toda su instrucción, por la falta del autorización parlamentaria previa tramitación y concesión de suplicatorio.

Para remediar esta situación, se proponía el reconocimiento a los Diputados y Senadores de los mismos derechos de audiencia y defensa que el artículo 118 LECr reconoce a todo ciudadano, considerando, a la luz de la doctrina sentada por el Tribunal Constitucional y por la doctrina científica, que esto no contradecía el dictado del artículo 71.2 CE, pues este solamente prohibía realmente la inculpación material sin que puedan considerarse iguales las condiciones de imputado, por una parte, y de inculpado o procesado, por otra parte.

Se formuló la correspondiente proposición de ley en tal sentido, con una Exposición de Motivos que reproducía las conclusiones del Informe (de ahí su extraña redacción en tiempo condicional, no indicativo); y con un texto posiblemente demasiado escueto y ambiguo. Se aprobó, se remitió al Congreso, volvió de allí sin modificaciones y quedó convertida en ley vigente.

Concluido este intervalo auto publicitario, añadiremos que esta reforma encontrará alguna incomprensión más que resistencia, pues en ocasiones se entenderá como un trámite formal adicional, que hubiera de sustanciarse a la conclusión de la instrucción y previamente a la elevación de los autos al tribunal competente por razón de las personas aforadas. Trámite que contendría la posible declaración voluntaria del imputado. No se trata en absoluto de esto, sino de asegurar desde el inicio de la instrucción, a quien apareciera como imputado, las mismas posibilidades de defenderse en el proceso, pero sin dar lugar a la inculpación material –de donde el carácter voluntario de esa declaración. Fueron notorias las críticas al precepto por el Juzgado de Instrucción nº 6 de Sevilla en la llamada macro causa de los ERE, (vid., sin embargo, el Auto de la AP Sevilla de 8 de agosto de 2013, Id Cendoj: 41091370072013200001, explicando perfectamente el sentido del nuevo precepto).

El Auto del TS 738/2013 (ECLI: ES:TS:2013:738A Id Cendoj: 28079120012013200110 de 31 de enero, N° de Recurso: 20663/2012 Ponente: ANTONIO DEL MORAL GARCIA), invocará sin embargo esta innovación legislativa como respaldo a la interpretación por la Sala Segunda, de la “inculpación” del artículo 71.2 CE como equivalente del “procesamiento”, autorizando una indagación previa sin concesión del suplicatorio, aunque con el límite de la inculpación material (FJ 5): “Diferenciando entre “imputado” e “inculpado” establece la obligación de conferir el traslado del art. 118 y la posibilidad de defensa cuando se incoe un proceso contra un Diputado o Senador, con independencia de que no exista suplicatorio, que, en el espíritu de tal reforma, solo procederá trasmitir cuando concurren indicios más robustos”.

#### V. LA CONCESIÓN DEL SUPPLICATORIO COMO EVENTO NORMAL EN UN SISTEMA NORMAL

La parábola de que hablamos al principio puede también tomarse en la primera acepción del vocablo, como relato sencillo que encierra alguna verdad o enseñanza.

Lo que la experiencia expuesta demuestra es que los suplicatorios son escasos y se conceden casi siempre, en la actualidad, porque así debe ser en un sistema político normal y correctamente constituido.

Todo el desarrollo de la figura por vía de derecho judicial o jurisdiccional, camina en la doble dirección indicada.

Las reglas sentadas por la Sala Segunda, para evitar los suplicatorios prematuros, suponen, en la práctica, que no llegarán a las Cámaras más que los que tengan un sólido fundamento indiciario.

En igual sentido, la investidura del parlamentario con la condición de imputado, la posibilidad ofrecida de prestar declaración, pero también de ejercitar todas facultades que como parte imputada corresponden al ciudadano del común, evitan también los suplicatorios prematuros, carentes de fundamento. Pues el interesado habrá tenido la oportunidad de explicarse, de allegar pruebas, de defenderse, en suma.



El suplicatorio no puede tramitarse ya precipitadamente, sino como conclusión de una investigación previa, que tanto si se ha desarrollado inicialmente por el juez territorial, como por la Sala Segunda, habrá servido para encontrar los sólidos indicios que justifiquen su remisión. Y esto, cualquiera sea la clase de procedimiento penal, según la naturaleza de los delitos imputados.

Y llegado el suplicatorio a la Cámara, vendrá así apoyado por esa investigación previa. Desarrollada en el Juzgado territorial, cuyas conclusiones sintetizará la exposición razonada por la que se eleva la causa al Supremo; o por la investigación desarrollada por el magistrado instructor delegado al efecto por la Sala Segunda. Y en los dos casos, después de superar el filtro de la propia Sala, que no ha devuelto la causa al juez territorial, que ha estimado procedente remitir el suplicatorio.

Y llegado el suplicatorio a la Cámara, entrará en juego la doctrina constitucional expuesta que exige la justificación de la decisión, establece los criterios y finalidades constitucionalmente admisibles a la hora de adoptar una decisión u otra.

La condición de imputado del que habrá estado investido el parlamentario afectado, restringirá ahora, si se quiere de manera paradójica, su margen de argumentación en contra de la concesión. No podrá alegar que no ha podido saber de qué se le acusa, que no se le ha permitido defenderse, que si hubiera podido declarar todo habría quedado aclarado.

Piénsese en la situación del parlamentario imputado que ha declarado y ha podido alegar y probar, ante la Sala segunda. ¿Cómo sostener que a pesar de que esta dispensa, se supone, la justicia penal de mayor calidad en nuestro sistema, se es víctima de una persecución política? El afectado habrá declarado, o habrá gozado de la oportunidad de hacerlo. Pero a pesar de ello, la Sala Segunda ha remitido el suplicatorio.

En definitiva, que se hace muy difícil la justificación de una denegación. Y por esta razón no se producen.

## VI. PERSPECTIVAS DE FUTURO. ¿INMUNIDAD SIN AFORAMIENTO? EL SOBRESEIMIENTO PROVISIONAL

El resultado resumido en el apartado anterior, es el alcanzado por una Inmunidad estrechamente unida al aforamiento ante la Sala Segunda del Tribunal Supremo.

Y al comienzo señalamos cómo, mientras que no parece existir polémica especial acerca de la Inmunidad, sí que existe sobre el aforamiento.

Hay que preguntarse, entonces, qué sería de la inmunidad parlamentaria, sin el aforamiento ante la Sala Segunda.

No me cabe duda de que ambas figuras forman un sistema, sin que pueda tocarse un elemento sin repercusión en el otro.

Pues son vasos comunicantes. Hemos visto cómo, merced a este último, merced a la prudente labor de suplencia llevada a cabo por la Sala Segunda, en condiciones harto difíciles (recordamos las dos causas célebres antes indicadas), la Inmunidad tiene ahora una administración o gestión adecuadas, en su estadio procesal, pre parlamentario.

Si el aforamiento desapareciera, podría producirse una vuelta de la inmunidad, una nueva etapa explosiva y silvestre, con numerosos suplicatorios, frecuentes denegaciones, polémica y crisis de la figura.

Como decía un viejo maestro italiano, en el horóscopo de un parlamentario siempre existe la posibilidad de un fiscal faccioso (en Italia, como se sabe, es el fiscal quien dirige la investigación, y tan notoria como extrema la independencia de cada fiscal, como de cada fiscalía territorial o sectorial).

Quizás esta frase se hiciera aplicable a nuestro caso, sea el Juez o el Fiscal quien a la postre quede, en nuestro ordenamiento procesal, como director y responsable de las instrucciones.

El fiscal (juez), faccioso, o simplemente atraído por la notoriedad y la fama, podría añadirse.

Para el caso de que todos estos pronósticos, temores o sospechas, se materializaran, aportamos dos observaciones:

La primera, que en esta hipotética vuelta con fuerza de la inmunidad, habría que releer atentamente la doctrina del Tribunal Constitucional que, como hemos señalado, proporciona elementos para delimitar un espacio de administración material de la inmunidad, con margen de apreciación y error y auto restricción de aquél; ya hemos destacado cómo aquélla acepta el juego del principio de proporcionalidad, reconoce el valor cualificado del bien jurídico de la composición y funcionamiento de las Cámaras conforme a la voluntad originaria del cuerpo electoral. Al indicar la costumbre y usos parlamentarios como norma idónea, esa doctrina admite también una dosis de flexibilidad, tanto en los criterios generales y objetivos que codifique, como en su aplicación práctica.

Suscita cierto escepticismo en el observador, la llamada de dicha doctrina, a una administración de la inmunidad sin acepción de colores políticos.

Pero hay que terminar con una nota positiva y concreta: Bastarían tres palabras del legislador (recuerdo obviamente a Von Kirchmann), para que todo cambiara en esta materia, si hicieran que, por fin, la denegación del suplicatorio tuviera como efecto el sobreseimiento provisional, no libre y definitivo como hoy sucede. Tres palabras o alguna más, en materia de prescripción, de pluralidad de autores, de delitos conexos, pero no tantas que no pudieran de una vez meditarse y ponerse en los códigos.

Se rebajaría así drásticamente el dramatismo de la figura, que ya no podría eximir de responsabilidad, sino retrasar su exigencia.

Y resultaría mucho más fácil encontrar y estabilizar ese espacio parlamentario de la inmunidad; que a pesar de todo sigue siendo útil, necesaria y posible.

Pero esta será otra historia, quizás para el próximo aniversario de esta Revista.

#### BIBLIOGRAFÍA

MARTÍN RETORTILLO, L.: *Inmunidad parlamentaria y jurisprudencia constitucional*. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1994 (Cuadernos y Debates nº 46).